

# **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 27 DE VALENCIA**

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14°-5ª Dcha (zona AZUL)  
(antigua Avd.Del Saler)  
**TELÉFONO:** 96-192.90.37      **FAX:** 96-192.93.37

**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° XXXXX/2013

## **SENTENCIA N° 000168/2014**

**MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA:** D

**Lugar:** VALENCIA

**Fecha:** dos de septiembre de dos mil catorce.

**PARTE DEMANDANTE:**

**Abogado:** M<sup>a</sup>.DOLORES ARLANDIS ALMENAR

**Procurador:** HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

**PARTE DEMANDADA** BANKIA SA y CAJA MADRID FINANCE  
PREFERRED, S.A.

**Abogado:**

**Procurador:**

**OBJETO DEL JUICIO:** Ordinarios.

Vistos por mí, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Giménez Bolós, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario n° /13, promovidos a instancia de la mercantil , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Angel Hernández Sanchís, y asistida jurídicamente por la Letrada D<sup>a</sup> Maria Dolores Arlandis Almenar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales , y asistida jurídicamente por la Letrada D<sup>a</sup> , cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-**Repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario, presentada, por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Angel Hernández Sanchis, en nombre y representación acreditada, contra la mercantil Bankia, SA, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y contestare a la demanda, lo cual verificó la Procuradora D<sup>a</sup>. , en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-**Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, examinadas las cuestiones planteadas y fijados los hechos controvertidos, se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas.

Examinadas y admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha para la celebración del juicio.

**CUARTO.-**Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, quedaron los autos conclusos para Sentencia; habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del presente juicio.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-**La parte actora presentó demanda contra la entidad financiera Bankia SA, en ejercicio de las siguientes acciones, declaración de nulidad o en su caso de anulabilidad, por error como vicio en el consentimiento prestado por el actor, por vulneración de las normas imperativas, por parte de la demandada, o por dolo omisivo de la demandada.

Todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y condenando a la entidad demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de la inversión así como los correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda.

Subsidiaria y alternativamente, con base a lo dispuesto en el art. 1.100 del Cc, se ejercita la acción resarcitoria de daños y perjuicios contra la entidad financiera, por negligencia en el cumplimiento de sus propias obligaciones y deberes, falta de transparencia, ausencia de información y dolo omisivo sobre los aspectos esenciales del producto vendido.

Y condene a la entidad demandada al resarcimiento al actor, en concepto de daños y perjuicios del importe de 262.200 euros, con sus intereses legales correspondientes.

Todo ello con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada.

Alegando que la conducta de la entidad financiera, fue susceptible de generar error en el cliente, que vicia su consentimiento conforme al artículo 1266 del Cc, en relación con el artículo 1261 del mismo código, conducta que se circunscribe al hecho de no informar de los niveles de riesgo de la operación y, las verdaderas condiciones y características del producto, incumpliendo la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto; no teniendo en cuenta la entidad financiera, la cualidad de cliente minorista y sin conocimientos financieros.

A ello se opone la entidad demandada, alega que no concurren los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción que de contrario se le dirige, alegando, en esencia, ser mero intermediario en la adquisición realizada por la parte actora, por lo que la

entidad financiera no asume función alguna de asesoramiento al cliente, sino que existe interés de la parte actora en la contratación de los productos, siendo la parte actora perfectamente consciente del producto que contrataba, habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales. Y alega que la entidad financiera cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregándole a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente.

Así planteada la cuestión, el éxito de la misma depende, por aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte actora pruebe los hechos constitutivos de su derecho, mientras que a la parte demandada le corresponde la justificación de los impositivos o extintivos de aquellos efectos jurídicos.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar en el examen de la prueba practicada, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió. Contenido, naturaleza y riesgos de las Participaciones Preferentes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes: "La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 35/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art.1.10 de la Ley 6/2011 de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente".

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general

conocimiento».

La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

**TERCERO.-**Información sobre los instrumentos financieros. Alcance del deber de información de las entidades financieras, sobre la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece.

En cuanto al deber de información, antes de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual- que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predicable: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. El Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente ( art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " ( art. 5.3).

Por lo que, el hecho de que a la fecha de la firma de la adquisición de los productos financieros, objeto del presente supuesto, no estuviera vigente la modificación de la Ley de Mercado de Valores, no significa que las precauciones y cautelas que la misma contempla no fueran aplicables con anterioridad para la venta de los productos financieros a los que se dedica tal precepto. Existía una normativa anterior, aplicable en el presente

supuesto, representada por los art. 78 y ss de la LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya era suficiente para poder exigir a las entidades financiera que comercializaban productos de riesgo que informaran cumplidamente a sus clientes de los riesgos que se asumían con este tipo de productos, dirigiendo a los mismos a productos que fueran acordes a su conocimientos financieros y el riesgo que su contratación conllevaba, Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros. Sobre todo, si en casos como el presente existía la posibilidad que el cliente perdiera su dinero o no pudiera recuperarlo nunca si la entidad optaba por no recuperar la acción.

Establecía el art. 78 LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre, " Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título. b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el apartado a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta". Y se introduce el apartado 2 al artículo 78 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificado por ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero,

El art. 79 de la LMV, modificado por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establecía, «Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo Lo ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.»

Y se añaden por ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, tres nuevos párrafos, del art. 79 de la LMV, f), g), h) y un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con el siguiente contenido:«f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes. g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe. h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las

personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.» Y se introduce el apartado 2 al artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En cuanto al deber de información, después de la transposición de la Directiva MIFID, (Directiva 2004/39/CE), Se aumentan las exigencias con la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, fue modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE (MIFID). Esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "cuidando de tales intereses como si fueran propios" en concreto en el art. 79 de la LMV, establece, la obligación de diligencia y transparencia. Y señala en el párrafo primero "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

El art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Establece en el apartado 1º la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, en el apartado 2º, a dar una información "imparcial, clara y no engañosa", en el apartado 3º, el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias". En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez, estableciendo así mismo en el apartado 6º, que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor, exigiendo, en el apartado 7º, que aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea. Y el art. 78 bis LMV, distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"

El Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que deroga el RD 629/1993 de 3 de mayo, reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la

información que deben prestar las entidades y, en concreto se establece en el art. 60, las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa estableciendo en el apartado primero, que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Estableciendo el artículo 62 Real Decreto 217/2008 Requisitos generales de información a clientes. Regulando en el art. 64, con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe, proporcionar a sus clientes.. una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. En su apartado 2, concreta que, en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente.

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria, pues como recoge la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: SAP V 3458/2012 ), en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes. "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera, que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento daño y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone"

**CUARTO.-**Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente litis, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos para determinar si se cumplen los requisitos que tanto la jurisprudencia como la doctrina establecen a fin de que el error sea suficiente para producir el vicio en el consentimiento causante de la nulidad de los contratos. Debemos por tanto analizar si la información ofrecida, antes y después de la contratación, y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar sí medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

Por la parte actora se aporta junto con la demanda, en relación a la entidad actora, copia de Escritura de Constitución de la empresa actora, , (doc. nº1), copia de Escritura de Constitución de la mercantil (doc. nº 2), copia

del anuncio en el BOE de fecha 17 de julio de 2013, de inscripción de la fusión por absorción de \_\_\_\_\_, por \_\_\_\_\_ (doc. nº 3).

Con respecto a las suscripciones realizadas por la mercantil actora, alega que:

1.- En 1999, la entidad financiera demandada, ofreció al Sr. \_\_\_\_\_, administrador único, de \_\_\_\_\_, la suscripción de un producto garantizado por Caja Madrid, de rentabilidad asegurada, y se aporta como doc. nº 7 Orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_ fecha de suscripción 5/11/1999 por importe de 90.000 euros., y en idéntica fecha suscribe una orden de compra por parte de \_\_\_\_\_, por importe de 172.000 euros, alegando que no obra en su poder la orden de compra.

2.- En noviembre de 2004, se le recomienda al administrador que canjee las participaciones preferentes por una nueva emisión, se aporta como doc. nº 8 copia de la orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_, de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de 17/12/2004 por importe de 172.000 euros. Y se aporta como doc. nº 9 copia de orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_ de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de 17/12/2004 por importe de 90.000 euros.

3.- En el año 2009 se le ofrece canjear las Participaciones Preferentes, se aporta como doc. nº 10 copia de la orden de suscripción por canje a nombre de \_\_\_\_\_, de fecha 1/06/2009 y fecha valor 7/07/2009 por importe de 172.000 euros, y se aporta como doc. nº 11 copia de la orden de suscripción por canje a nombre de \_\_\_\_\_ de fecha 1/06/2009 y fecha de valor 07/07/2009 por importe de 90.000 euros.

Con respecto a la información post contractual recibida por la parte actora, se aporta como doc. nº 12 extractos bancarios. Y como doc. nº 13 informes de Bankia a la Auditoría de la parte actora, de fecha 28 de febrero de 2003, en referencia a los productos contratados.

Se alega la conversión obligatoria por acciones, Propagación de nulidad.

Y se adjunta como doc. nº 14 informe pericial realizado por D. Prosper Lamothe Fernández, Doctor en Ciencias Económicas de la Universidad Autónoma de Madrid, Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad del departamento de Financiación e Investigación Comercial de la Universidad Autónoma de Madrid.

Por la parte demandada, la entidad financiera Bankia, se adjunta junto con la contestación a la demanda, como doc. nº 4 copia del extracto de rendimientos obtenidos por las participaciones preferentes serie II suscritas en fecha 1 de junio de 2009, por valor de 172.000 euros, y de los rendimientos obtenidos por las Participaciones Preferentes serie II de 2009 suscritas por valor de 90.000 euros.

Alega que actualmente hay inversores de Bankia que actualmente, han recuperado e incluso se han visto favorecidos por sus inversiones, debido al ascenso en la cotización en el valor de las acciones de Bankia, aportando doc. nº 5 y 6 copia de las noticias publicadas al respecto.

Como doc. nº 7 y 8 extracto de la cuenta de valores de la mercantil actora.

Como doc. nº 9 a 11 documentación relativa a la compra de acciones de Bankia en la OPS. Con respecto a la suscripción de Acciones de Bankia en el año 2011, se adjunta como doc. nº 10 y 11 test de conveniencia. Y como doc. nº 12 resumen folleto entregado a la parte demandante.

Y como doc. nº 13 informe pericial emitido respecto al valor de la emisión de Participaciones Preferentes, realizada por Caja Madrid en el año 2009, su evolución, transmisibilidad y consecuencias jurídicas.

En el acto del juicio, declaro en calidad de Administrador único de la empresa demandante, D. \_\_\_\_\_, quien señalo que era el administrador en ambos



casos, señaló que siempre contrataba plazos fijos, y que le indicaron que podía sacar el dinero cuando quisiera, señaló que tenía acciones de telefónica y BBVA, y que en el año 96 suscribió Bonos de Caja Madrid, debido a que eran reemplazables y se vendían cuando quisieran. Y a preguntas de la letrada de la parte actora, señaló que existía una relación de confianza, y que le solicitaron que para cumplir objetivos, comprara Bonos de Capital garantizado.

Comparece en calidad de testigo D. \_\_\_\_\_, empleado de Caja Madrid, quien señaló que conocía al Sr. \_\_\_\_\_ como Director General de la empresa demandante, y que tenía experiencia, tenía una cuenta de valores, en donde había acciones de BBVA, Bankia, Telefónica, Bonos de Caja Madrid, Obligaciones Caja Madrid, Euro depósitos, y algún producto más, bonos, fondos de inversión. Y Obligaciones del Banco Europeo de Inversiones, por lo que tenía una cartera variada, y cantidades importantes. Y señaló que durante los años 1999 a 2004 la solvencia de Caja Madrid era excelente. A preguntas de la letrada de la parte actora, señaló que no participo en ninguna de las ventas de PPF, que los bonos tampoco los comercializo.

Declaro así mismo, en calidad de testigo D. \_\_\_\_\_, empleado de Caja Madrid, quien señaló que no recordaba si participo en la venta de las PPF, sabía que la mercantil demandante, tenía Bonos de Caja Madrid, Obligaciones, Acciones, señaló que creía que había comercializado el producto en el año 2004, y que las expectativas era de alta rentabilidad y seguridad en el producto. Señalo que el Sr. \_\_\_\_\_ sabía diferenciar entre los plazos fijos y las PPF, y que no se le vendió como un plazo fijo. Señalo que no se podía prever lo que iba a ocurrir. No recordaba si le dijo al cliente que era un producto perpetuo, pero creía que si, señaló que no recordaba si le dijo al cliente que debía de venderse en un mercado secundario. A preguntas del letrado de la parte actora, señaló que existía una relación de confianza con el Sr. \_\_\_\_\_, señaló que las PPF eran similares a las acciones pero con un rendimiento neto. Preguntado si hubo una rebaja de calificación, y los suscriptores no fueron debidamente informados para poder revocar la orden, y perdieron esa ocasión. Señalo que el valor de mercado y el valor interno siempre casaba al 100%.

Por último declaro en calidad de perito D. Prosper Lamothe, quien se ratifica en el informe pericial que consta como doc. n 14 de la demanda, señaló que las PPF no son renta fija, sino un producto híbrido y complejo. Señalo que no era un producto adecuado para un cliente minorista. Señalo que en el año 2004 las PPF estaban sobrevaloradas. Señalo que en el año 2009 había una posibilidad de revocar la orden. Exhibidos los doc. n° 7 y 8 de la contestación a la demanda, el extracto de cuenta de valor de la empresa demandante, señaló que consta acciones de telefónica, BBVA, y Obligaciones Simples. Señalo que en la información post contractual, se valoraban las PPF al 100%. A preguntas del letrado de la parte demandada, señaló que los productos que constan en el doc. n° 7 de la contestación a la demanda, son productos simples excepto las subordinadas, pero incluso tienen menos riesgo que las PPF. Señalo que la posición de solvencia de Caja Madrid en el 2009, era critica y en el año 2004 era mejor, pero no obstante considera que las PPF no eran un producto adecuado para el demandante.

En el presente supuesto nos encontramos con la suscripción de PPF, primero en el año 1999, Orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_, fecha de suscripción 5/11/1999 por importe de 90.000 euros, y en idéntica fecha suscribe una orden de compra por parte de \_\_\_\_\_ por importe de 172.000 euros. Y en noviembre de 2004, orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_, de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de 17/12/2004 por importe de 172.000 euros. Y orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_ de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de \_\_\_\_\_

17/12/2004 por importe de 90.000 euros. Por lo tanto anteriores a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre del Mercado de Valores

Y el año 2009 se le ofrece canjear las Participaciones Preferentes, se orden de suscripción por canje a nombre de \_\_\_\_\_, de fecha 1/06/2009 y fecha valor 7/07/2009 por importe de 172.000 euros, y orden de suscripción por canje a nombre de \_\_\_\_\_ de fecha 1/06/2009 y fecha de valor 07/07/2009 por importe de 90.000 euros. Por lo tanto posterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre del Mercado de Valores.

En primer lugar con respecto a la suscripción de PPF, Orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_, fecha de suscripción 5/11/1999 por importe de 90.000 euros, y en idéntica fecha suscribe una orden de compra por parte de \_\_\_\_\_, por importe de 172.000 euros. Y el canje producido, a través de la orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_, de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de 17/12/2004 por importe de 172.000 euros. Y orden de suscripción de valores a nombre de \_\_\_\_\_ de fecha 26/11/2004 y fecha de valor de 17/12/2004 por importe de 90.000 euros.

Examinada la prueba practicada en el acto del juicio, en relación a la adquisición de Participaciones, ha quedado acreditado que ni en la fase precontractual ni en la fase contractual se ofreció a la parte actora, una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumía. No se le explico, las características fundamentales de las Participaciones Preferentes, relativas a la posibilidad de perder el cliente todo o parte de su dinero; y que llegado el momento de querer disponer de su dinero no fuera posible. La parte demandante era un consumidor, con un perfil minorista, que confiaba en la entidad demandante para depositar su dinero y tratar de obtener el mayor interés pero sin que en modo alguno, haya quedado acreditado que solicitaran productos de alto riesgo como el presente en que no sólo llega a no percibir interés sino a perder su capital.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no se conseguido acreditar por la demandada que dicho cumplimiento se haya producido, toda vez que no se ha aportado ningún documento, que corroboré que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de la inversión, deberes de información que no se cumplen con la entrega del folleto de emisión, aún en el supuesto de que se le hubiera entregado a la parte actora, circunstancia que no ha quedado acreditado en el presente procedimiento. Por cuanto no se ha aportado un solo documento, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni de la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto, a excepción de la entrega de la orden de compra, que es un documento que únicamente incluyen los datos de la operación concreta, pero en ningún caso información sobre el producto. Siendo que establecía el art. 4 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que "Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer", circunstancia que no ha quedado acreditada en el presente caso.

Debido a que no ha quedado acreditado a través de la prueba documental, ni a través de la prueba testifical, que se le hubiera facilitado información, o se le hubiera explicado al Sr. \_\_\_\_\_, las características, y fundamentalmente los riesgos del producto suscrito, y así el testigo Sr. \_\_\_\_\_, empleado de Caja Madrid, señalo que no participo en ninguna de las

ventas de PPF, y que los bonos tampoco los comercializo. Y el testigo Sr. , empleado de Caja Madrid, señalo que había comercializado el producto en el año 2004, y que las expectativas era de alta rentabilidad y seguridad en el producto. Señalo que el Sr. sabía diferenciar entre los plazos fijos y las PPF, y que no se le vendió como un plazo fijo. Señalo que no se podía prever lo que iba a ocurrir.

Ciertamente, la normativa expuesta no refiere que la información deba ser vía escrita, aunque art. 5 apartado 3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo habla de información "entregada" y dado el significado literal del verbo "entregar", cual es, poner en manos o poder de otro una cosa, resulta indudable que tal prestación debe tener o presentar un carácter material, pero en todo caso, es la entidad profesional quien tiene la carga de su justificación y en el caso presente, no la ha cumplido. En fase precontractual, no hay instrumento alguno que pusiera en conocimiento de la demandante, la clase de producto financiero que se adquiere, la explicación de su contenido, funcionamiento y sus riesgos.

Por último se aporta por la entidad demandada, como doc. nº 13 un informe pericial, si bien el mismo no hace referencia al supuesto de autos, sino analiza de forma general el valor de las emisiones de PPF y los mecanismos de transmisibilidad.

Por lo que debemos concluir que la información que se aportó al Sr. , en relación a la suscripción de participaciones preferentes es claramente insuficiente, no se ha aportado un solo documento de la misma, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni se concretaron de ninguna forma, cuales era las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni consta la entrega de ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como un folleto informativo, en especial del riesgo que afectaba a dicha operación, no consta el plazo que se ofreció a la cliente para conocer el producto, ni las indicaciones que la entidad efectuó para asegurarse que la cliente conocía el producto. Ya que si bien es cierto, no existía obligación de practicar el test de conveniencia o de idoneidad en dicho momento, si que existía obligación de comprobar que la información suministrada del producto permitía al cliente comprender el alcance, la naturaleza, las características, y sobre todo los riesgos de aquel.

Es decir no se indica en la información suministrada al demandante, los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las participaciones preferentes. Debido a que ante un producto de riesgo hay que dar una información adecuada con advertencia de qué puede ocurrir en el peor de los escenarios, para que sea el cliente quien decide en base a esta información.

En segundo lugar con respecto al canje de las PPF de 2004 por PPF de 2009, canje realizado, con posterioridad a MIFID. Consta como doc. nº 10 copia de la orden de suscripción por canje a nombre de , de fecha 1/06/2009 y fecha valor 7/07/2009 por importe de 172.000 euros, y se aporta como doc. nº 11 copia de la orden de suscripción por canje a nombre de de fecha 1/06/2009 y fecha de valor 07/07/2009 por importe de 90.000 euros.

Se alega por la parte demandada, que no se prestó un servicio de asesoramiento al cliente, pero a la vista de la prueba practicada debemos concluir, que la entidad financiera presto un servicio de asesoramiento al demandante, en este punto debemos de tener en cuenta, que en el art. 4.4. Directiva 2004/38/CE se define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se

entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

Por lo a la vista de lo expuesto, en el presente procedimiento, debemos concluir que la relación entre los contratantes era de asesoramiento, al ofrecer el producto al demandante, extremo alegado por la parte actora, y extremo que no desvirtuado por la prueba de la parte demandada, por lo que la entidad demandada, debería haber comprobado, no solo si el cliente puede conocer el contenido y características del producto de autos, sino comprobar si el indicado producto era idóneo para la situación financiera y económica del cliente mediante un análisis de aquella situación.

Noha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de las participaciones preferentes con anterioridad de su contratación. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero

De la prueba aportada en relación a la adquisición de PPF, debe concluirse que la entidad bancaria no actuó de forma adecuada, la información que se aportó a la parte actora, es totalmente insuficiente, la orden de compra, de las PPF, que consta como doc. nº 10 y 11 de la demanda, es un mero formulario genérico, al que se han incorporado los datos concretos de la operación, pero no se concreta de forma proporcionada y correcta cuales son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, en especial con respecto al riesgo que afectaba a dicha operación, y la inclusión que reza al pie de página que el declarante declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere esta orden, no es más que una cláusula estereotipada, que no aparece contrastada de forma alguna por otro medio de prueba, en el sentido de que se hubiera facilitado al cliente la información suficiente para conocer el mencionado alcance.

Noha quedado acreditado la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto, debido a que no se ha practicado ni tan siquiera el test de conveniencia, del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera, esta evaluación debería determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

Es más, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en

atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. La entidad bancaria no comprobó cual era el perfil del inversionista, tanto que no practicó el test de conveniencia, previsto en el art. 79 bis. 7 de la LMV, y el art. 73 del RD 217/08, ni el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis. 6 de la LMV y el 72 del RD 217/08, de tal forma que permitió que la parte actora, adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

Como señala la Sentencia de AP León, Sección 1ª, S de 17 Mar. 2014 " Los servicios de asesoramiento y de inversión prestados exigen, según la Directiva 2004/39, interpretada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 (incorporada al ordenamiento interno: LMV) que se pida al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido de modo que la empresa de inversión pueda recomendarle los instrumentos financieros que más le convengan y en su caso evaluar si el servicio o producto es adecuado para el cliente y si se considera que no resulta adecuado deberá advertirle de su opinión. El test de conveniencia firmado en este caso por el demandante no pasa de ser un mero formulario que no cumple con las exigencias de la Directiva. Y prestando un servicio de asesoramiento estas exigencias son mayores pues debe valorarse la idoneidad del producto. La entidad financiera debe realizar un examen completo del cliente, mediante el test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, tal como resume la STS de 20 de enero de 2014 , ya citada. El art. 72 del RD 217/2008 regula las condiciones para evaluar la idoneidad a los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio"

Debemos destacar que ha quedado acreditado, y así mismo consta en el informe pericial doc. nº 13 de la demanda, que:

No consta en las órdenes de compra, el riesgo de crédito, el riesgo de mercado no queda advertido de forma adecuada, tampoco se advierte a los clientes de los conflictos de interés que existía en la operación. El folleto emisor no fue facilitado a los clientes de forma previa a la contratación, tampoco el tríptico de la emisión de las Participaciones Preferentes.

No se realizó a la empresa \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, ni el test de conveniencia ni el test de idoneidad.

Caja Madrid no advirtió a las empresas \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ SA, las consecuencias y efectos económicos del cambio de rating del emisor, y sobre todo de la emisión con anterioridad a la fecha valor del canje y suscripción de nuevos títulos en julio de 2009.

No consta que la entidad demandada, comunicara de forma expresa al cliente que podía revocar la orden, ni tampoco que se le entregara nota alguna donde se le explicara las consecuencias de dicha pérdida del grado de inversión.

Y con respecto a la información post contractual, establece el art. 79 bis de la Ley 47/2007, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento informado a sus clientes. Los clientes deberían haber sido advertidos del aumento de riesgo de su inversión.

Por todo lo expuesto debemos concluir que, no ha quedado acreditado que la entidad demandada, dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto al perfil de riesgo del mismo, no ha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de las participaciones preferentes con anterioridad de su contratación, y pese a que la carga

probatoria incumbía a la demandada, ninguna prueba ha practicado para demostrar que dio una información correcta al demandante del producto financiero, de la documental aportada, y de la testifical, en modo alguno se desprende que diera una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba y así entender que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad, a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

**QUINTO.**-Sobre el resultado anteriormente expuesto deben proyectarse las pretensiones entabladas por la parte actora, que serán analizadas según el orden que la misma establece

La reciente sentencia SAP, Valencia sección 9 del 03 de Abril del 2013 ( ROJ: SAP V 762/2013 ) dice que: Cuando se alega la existencia de un vicio de consentimiento por defecto de información, que es lo alegado en el caso, no estamos ante un supuesto de nulidad radical - como erróneamente se califica tanto por la parte demandante como por el magistrado "a quo" - sino ante una acción de anulabilidad. Así hemos tenido ocasión de declararlo con ocasión del examen de otros procedimientos análogos al que ahora nos ocupa ( Sentencia de 13 de noviembre de 2012 -Rollo 591/2012 . Pte. Sra. Andrés Cuenca -, con cita de la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de mayo de 2012 Roj: Sap CS 672/2012) señalando que la existencia de un consentimiento viciado integra un supuesto de nulidad relativa conforme al [artículo 1300 del C. Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) (" de acuerdo con los arts. 1300 y 1301 del Código los vicios invalidantes del consentimiento, intimidación, error o dolo, son causas de nulidad relativa o anulabilidad ") y no un supuesto de nulidad absoluta, como se pretende por la representación de la parte demandante, que invoca, precisamente en su demanda los [artículos 1265 \(LA LEY 1/1889\) y 1266 del C. Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) respecto de los cuales el Tribunal Supremo declara que los vicios invalidantes del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo - 1265 CC) son causas de anulabilidad ( STS de 31 de marzo de 2005 ) y no las propias de la nulidad absoluta ( STS de 12 de junio de 2008 ), argumentando, a su vez, en cuanto al error (art.1266) la exigencia de que el mismo sea esencial y no imputable a la parte que lo padece ( STS de 23 de junio de 2009 ).

Por otra parte como recuerda el Tribunal Supremo [Ts. 25 de abril de 2001 (Ar. 3362), 18 de enero de 2001 (Ar. 1318), 26 de julio de 2000 (Ar. 9177), 14 de marzo de 2000 (Ar. 1203), 27 de febrero de 1997 (Ar. 1332), 10 de diciembre de 1990 (Ar. 9927), 29 de abril de 1986 (Ar. 2065), 13 de febrero de 1985 (Ar. 810), 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475), y las que en ellas se citan abundantemente, entre otras muchas] el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual. Entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la denominada nulidad radical o absoluta, y la mera anulabilidad o nulidad relativa: 1) La nulidad absoluta o radical de un contrato concurre cuando falta alguno de los

elementos esenciales del mismo, recogidos en el artículo 1261 del Código Civil (consentimiento, objeto o causa). O bien cuando, pese a existir el consentimiento de los contratantes, el objeto sobre el que recae el contrato, y la causa del mismo, se ha celebrado con oposición a leyes imperativas o prohibitivas, cuya infracción da lugar a la ineficacia (artículo 6.3 del Código Civil). Y 2) La denominada anulabilidad o nulidad relativa se produce cuando, existiendo consentimiento, objeto y causa, y no siendo contrario a ninguna norma imperativa o prohibitiva, existen vicios del consentimiento (error, dolo o intimidación); o uno de los contratantes no tiene la necesaria capacidad de obrar; o la causa es falsa.

En el presente supuesto, se ejercita por la parte actora, la nulidad absoluta o radical del contrato por infracción de normas imperativas, conforme al 6.3 del Cc en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No puede aceptarse este argumento: el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada, como uno de los elementos determinantes, para que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

Descartada la nulidad absoluta o radical del negocio, la parte actora mantiene que el contrato es nulo o anulable por vicio del consentimiento, dado que el mismo fue prestado por error.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2014, Sentencia Nº: 840/2013, Recurso nº 879/2012, señala con respecto a la Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente,

sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida"

Respecto a las circunstancias de la parte actora, en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido, en el presente supuesto, es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto la parte actora, no tenían conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias como producto complejo y de alto riesgo. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. No habiendo acreditado la parte demandada la existencia de adecuado asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato. Por lo que el error es imputable a la entidad demandada, por el incumplimiento de su deber de información, omitiendo a la parte actora características esenciales del contrato que podían perjudicarle seriamente. Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato.

Así mismo, resulta inasumible la idea preconcebida de que el hecho de que el Sr. , sea administrador de empresas (por lo demás, no relacionadas con el mundo de las finanzas)



venga a comportar que tuviera necesariamente que percatarse del alcance del producto financiero que suscribía, puesto que cualquier persona normal puede gestionar una empresa por poseer conocimientos en el sector empresarial en que se mueve y encontrarse, a la vez, en la misma situación de desconocimiento que cualquier ciudadano normal frente al ámbito bancario.

En tal sentido, la STS de fecha 18/4/2013 , precisamente en un tema de suscripción de participaciones preferentes, en el curso de su fundamentación viene a señalar que "El hecho de que el codemandante fuera empresario tampoco puede justificar que el banco hubiera incumplido las obligaciones que la normativa legal del mercado de valores le impone. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de los derribos, que es a lo que se dedican las empresas de que el codemandante es administrador" así como que "Tampoco el hecho de que los codemandantes estuvieran acompañados (de) Don \_\_\_\_\_ , asesor laboral y contable de las empresas de las que el codemandante era administrador, supone que la información que se les facilitó fuese suficiente. La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo".

Y respecto al hecho de que una vez adquirido el producto el cliente no haya mostrado queja o reclamación alguna del mismo, no permite suponer que conociera las características del producto, sino que por el contrario, dado que el cliente en base a la confianza deposita en su entidad bancaria habitual, adquiere un producto, que en el mejor de los casos se le presenta como de renta fija, con alta rentabilidad, que podrá recuperar su dinero de forma rápida vendiendo el producto en un mercado secundario y sin penalización frente a lo que ocurre en un plazo fijo, estando garantizado por la entidad, omitiéndose por el contrario la verdadera naturaleza y características, en cuanto a rentabilidad, riesgos, posición en prelación de créditos, y sin que la entidad haya determinado que el cliente conoce el producto y si es una operación conveniente para su situación financiera; y por el contrario recibe los cupones de forma periódica a los que la entidad se ha comprometido, no hay motivo por el cual, el cliente reclamara a la entidad, en ese momento.

Por otra parte el hecho de que tuvieran la mercantil demandante, suscritos otros productos financieros, no supone que tengan un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes, y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad.

En este sentido recoge una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 2-12-2013, nº 277/2013, rec. 556/2013, ponente Ilmo. Sr. Magistrado Caruana Font de Mora, Gonzalo, En el fundamento de derecho "SEPTIMO. Paso siguiente y principal defensa de la entidad demandada es que D...es un experto inversor con pleno conocimiento del producto contratado dado ser persona que lleva más de veinte años consumiendo productos de inversión. Ciertamente consta que el demandante es persona inversora, no en vano ostenta desde hace años con la entidad demandada un contrato de administración y depósito de valores, pero no por ello debe concluirse, sin más, como pretende la parte demandada apelante con el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto (Diciembre de 2006) el actor conociese el significado, funcionamiento y riesgos de

las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo. Para realizar el juicio comparativo con otros productos financieros o de inversión determinantes de ese grado de conocimiento o experiencia, la parte demandada aportó con la contestación a la demanda una extensa documental y analizada la misma, es evidente de entrada que deben excluirse por inservible para tal juicio, operaciones que, o bien no son complejas (acciones que cotizan en bolsa) o que no llevan un alto riesgo (deuda pública) u otras sobre las que nada se explicita (fondos) y es carga de la entidad demandada conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil la justificación de la actual defensa.....Por tanto de estas tres operaciones en las que se defiende la demandada, solo la última refiere de forma indicativa a participaciones preferentes, pero en la misma no hay explicación alguna del producto ni consta tampoco previa información para concluir que en la contratación de las Landsbanski conociese el significado, funcionamiento y riesgos del producto, por lo que resulta inidónea para sentar esos conocimientos del demandante que es lo relevante y de tal instrumento no se desprende pudiese llegar a tener los mismos.. OCTAVO.Nulidad de las órdenes de compra y efectos de tal declaración. La falta de información del producto ofrecido y su suscripción desconociendo sus elementos esenciales determinan la nulidad del contrato en cuanto se presta un consentimiento sin tener la representación real de lo que se suscribe por un error esencial, conforme al artículo 1265 y 1266 del Código Civil, calificado jurisprudencialmente por "conocimiento defectuoso importante de cuantas circunstancias tenían que contribuir a la recta formación del debido consentimiento" (Sentencia Tribunal Supremo 23/2/1993 y 19/2/1996)";

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 26 Jun. 2012, rec. 158/2012 La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad.

Al igual que ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº 9 de fecha 2 de diciembre de 2.012, a la que hemos hecho referencia, debemos señalar que ciertamente consta que las empresas , y , son empresas inversoras, no en vano ostentan desde hace años con la entidad demandada un contrato de suscripción de participaciones preferentes desde el año 1999, pero no por ello debe concluirse, sin más, el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto, la empresa actora conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo.

Para realizar el juicio comparativo con otros productos financieros o de inversión determinantes de ese grado de conocimiento o experiencia, la parte demandada aportó con la contestación a la demanda una extensa documental doc. nº 7 y 8, y analizada la misma, es evidente de entrada que deben excluirse por inservible para tal juicio, operaciones que, o bien no son complejas (acciones que cotizan en bolsa) o que no llevan un alto riesgo (deuda pública) u otras sobre las que nada se explicita (fondos) y es carga de la entidad demandada conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil la justificación de la actual defensa.

Con respecto a las subordinadas, bonos y obligaciones, que figuran en el extracto de cuenta que consta como doc. nº 7 y 8, no consta en el presente procedimiento, las

características y riesgos de los productos contratados por la empresa y como establece la Sentencia de la AP de Madrid Sección 10ª, Sentencia de 26 Jun. 2012, rec. 158/2012, a la que hemos hecho referencia, no podemos suponer la empresa , tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, y sin que se haya acreditado que el mismo tuviera conocimientos financieros.

Con respecto a la orden de suscripción de acciones Bankia, Telefónica y BBVA. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº 9 de fecha 2 de diciembre de 2012, a la que hemos hecho referencia, no son operaciones complejas, por lo que deben de excluirse por inservibles para tal juicio.

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil inversor, las características del producto -muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento la suscripción el Sr. , pensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad, en tanto que llevaba muchos años trabajando con la entidad, respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo fácilmente adivinar que, si hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado los contratos impugnados. Debiendo aclarar que lo que vicia el consentimiento por error, es la falta de conocimiento del producto contratado, y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Dándose así mismo los requisitos propios del error, su esencialidad, en tanto que recae sobre la materia misma objeto de la contratación, su relación causal con la finalidad negocial, y su excusabilidad, en tanto que por las razones expuestas, no es imputable al actor, procede apreciar la existencia de consentimiento viciado por error en las suscripciones litigiosas, sin que dicho vicio pueda verse subsanado por el canje posterior.

En base a lo anteriormente expuesto procede declarar, la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable a la parte actora, y ello por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante para la compra de las participaciones preferentes, fue prestado por error.

**SEXTO.-**Por la parte demandada, también hace referencia a la doctrina de los propios actos, la cual tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos ( artículo 7.1 CC ) cuando se va contra la resultancia de los propios actos, pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta, por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos.

Tiene declarado la doctrina civilista, que la existencia de un pacto, convenio o contrato sobre la forma de ejercicio o reclamación de una concreta prestación impide aplicar o recurrir

a la doctrina de los propios actos para determinar si la concreta pretensión del litigante debe o no ser estimada. Antes bien, ha de acudirse de manera prioritaria a la doctrina general sobre la interpretación y los efectos del negocio jurídico o contrato, con objeto de determinar si las pretensiones ejercitadas se adecuan, en el modo en que han sido ejercitadas, a lo convenido entre las partes. En este sentido se dicho con acierto que «... aunque la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina de los efectos del consentimiento o declaración de voluntad, es claro, sin embargo, que es esta última doctrina y no la primera la que explica la vinculación del sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda, se añade, retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios , sino obviamente una consecuencia, la primera del contrato (artículo 1.091). De la misma manera el que yo no pueda tampoco ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los actos propios , sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad [...] Es cierto que, en un sentido muy general, puede decirse que quien acciona en contradicción con lo que tiene manifestado en un negocio jurídico va contra sus propios actos, pero la doctrina de los propios actos sólo puede ser un instrumento útil de la mecánica jurídica, si la aislamos de la teoría de la eficacia vinculante de los negocios jurídicos. Como hemos visto ya, cuando las partes quedan ligadas, vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar para aplicar la doctrina de los actos propios , sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico".

En cuanto a la supuesta vulneración de la doctrina de los actos propios tampoco puede ser estimada ya que difícilmente puede hablarse de mostrar conformidad o de la teoría de los actos propios cuando tal conformidad o tales actos estaban basados en un error esencial en el consentimiento provocado precisamente por quien pretende ahora resaltar aquellos como base de una vulneración legal.

Por tanto, los actos de ejecución del contrato, mientras persista la situación de error no pueden considerarse actos propios o de confirmación.

**SÉPTIMO.**-Último punto a analizar es la operación negocial del canje de las participaciones preferentes por las acciones de Bankia-

En el presente supuesto en fecha 23 de mayo de 2.013, se produce el canje por acciones de Bankia.

En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de Participaciones Preferentes, debe extenderse también al canje por acciones de 23 de mayo de 2013, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de participaciones preferentes cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción.

La confirmación o convalidación del contrato anulable exige, como requisito de validez, que el vicio que origina - el error - la invalidez del negocio haya cesado, lo cual no

acontecía en el instante en que el actor fue prácticamente obligado al canje, dado que el mercado secundario se había paralizado. Por otro lado, los términos en que dicho canje se produjo distan mucho de una situación pacífica y de voluntaria convalidación del contrato viciado.

Al respecto debe sancionarse que la inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión de las Participaciones Preferentes, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen - superando con ello, aunque el efecto final sea el mismo, la mención a la resolución del canje producido -. Es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las Participaciones Preferentes y el canje posterior por otros productos al que fue el actor lastrado por imperativo de la entidad demandada y el FROB. Como mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que vino impuesto por la entidad emisora. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 262.200.- euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo deberá el actor reintegrar las acciones derivadas del canje a la parte demandada así como la totalidad de los importes abonados como intereses a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses.

**OCTAVO.-**En cuanto a los intereses, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 13 Feb. 2014, Sentencia nº 48/2014, rec. 463/2013, con respecto a los intereses, 1.- El art. 1303 del Código Civil, establece que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses»

. Este artículo tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la

situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra. El art. 1303 del Código Civil, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato [ Ts. 3 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5761/2013, recurso 2434/2011 ), 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5474/2013, recurso 680/2011 ), 23 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8900/2011, recurso 2061/2009 ), 21 de junio de 2011 (Roj: STS 4891/2011, recurso 1647/2007 ) y 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007 ), entre otras muchas]. 2.- Habiéndose declarado la nulidad absoluta de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, y así habiéndose solicitado en la demanda, es obligado el devengo del interés legal de la cantidad a devolver como consecuencia de la nulidad a contar desde la fecha de disposición de las cantidades mediante cargo en cuenta.

Señala así mismo la citada Sentencia "Los intereses del art. 576 de la LEC, tienen un origen legal y un carácter imperativo, debiendo imponerse por obligación «ex lege», sin necesidad de solicitud de parte y aunque la sentencia no se pronuncie expresamente sobre ellos, en consonancia con su naturaleza disuasoria, compensatoria, y sancionadora [Ts. 5 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 8901)], debiendo imponerse el pago en «toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida»".

Cierto es que como consecuencia del mencionado canje se hace imposible que ,a parte actora restituya a la demandada los productos inicialmente adquiridos, siendo en este caso de aplicación el artículo 1307 del Código Civil , el cual establece que " siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha".

Procede, por consiguiente, estimar la demanda y declarar la nulidad de la compra de las Participaciones preferentes del posterior canje de las mismas, condenando a la parte demandada estar y pasar por esta declaración, con restitución de títulos por parte de la parte demandante a la parte demandada, y condenando la entidad financiera Bankia a abonar a la parte demandante la cantidad de 262.200 euros, en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero con restitución de las acciones obtenidas en el canje, y deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por el actor como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales.

**NOVENO.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC , respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación

## **FALLO**

Que estimando la demanda formulada a instancia de la mercantil representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Angel Hernández Sanchis, y asistida jurídicamente por la Letrada D<sup>a</sup>

Maria Dolores Arlandis Almenar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y asistida jurídicamente por la Letrada D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de Participaciones Preferentes celebrado entre la parte demandante y la entidad demandada así como del canje por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto condeno a la demandada la devolución de la suma reclamada de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS EUROS (262.200.- euros) en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la parte actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LECn), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LECn).

#### INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15<sup>a</sup> de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 € que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANCO SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/0000/02/1482/13 indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a dos de septiembre de dos mil catorce.